

Tilburg University

Privaatrechtelijke zorgplichten en Europese maximumharmonisatie

Verbruggen, Paul

Published in:

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

Publication date:

2018

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Verbruggen, P. (2018). Privaatrechtelijke zorgplichten en Europese maximumharmonisatie. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 2018(7215), 849-850.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

WPNR Privaatrecht Actueel – Privaatrechtelijke zorgplichten en Europese maximumharmonisatie

Mag de burgerlijke rechter bij de beoordeling van een vordering tot schadevergoeding een zorgplicht hanteren die strikter is dan de toepasselijke Europese regels gericht op maximumharmonisatie? Deze vraag ziet op de verhouding tussen het nationale privaatrecht en het secundaire Unierecht dat voorziet in marktregulering. Zij is actueel en gewichtig en rijst op vele terreinen van onze markteconomie.

Een voorbeeld. In het financieel recht speelt de vraag of de burgerlijke rechter in de beoordeling van een schadevergoedingsvordering van een particuliere belegger tegen een beleggingsonderneming deze laatste een zorgplicht mag opleggen die strenger is dan de volledig geharmoniseerde regels van markttoegang en -gedrag die het Unierecht voorschrijft.¹ Meer specifiek staat ter discussie of de bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht voor een beleggingsonderneming om in uitdrukkelijke en niet voor misverstand vatbare bewoordingen te waarschuwen voor beleggingsrisico's en zich ervan te vergewissen dat de particuliere belegger zich daadwerkelijk bewust is van deze waarschuwing,² te rijmen valt met de aangelegde standaardwaarschuwing volgend uit MiFID en MiFID II.³

In het geval van maximumharmonisatie beoogt de Europese wetgever via een richtlijn een uniforme norm neer te leggen die lidstaten door middel van regelgeving in de nationale rechtsorde dienen te implementeren. Afwijkingen zijn niet toegestaan, noch door de nationale wetgever, noch door de rechter. De gedachte van een dergelijke volledige harmonisatie is dat Unie-breed dezelfde norm geldt en dat daarmee marktwerking wordt bevorderd.

Maar wat als de volledig geharmoniseerde norm van Unierecht een zorgplicht in het privaatrecht treft? Een zorgplicht laat zich in dat domein doorgaans vormen door de maatschappelijke praktijk waarin zorg door de één jegens de ander betracht moet worden. De context bepaalt in het concrete geval zowel het bestaan, als de omvang van die zorgplicht. Privaatrechtelijke zorgplichten zijn dus open geformuleerde normen die *ex post facto* vorm krijgen door een rechterlijk oordeel. Maximumharmonisatie staat daarmee op gespannen voet: waar zij uniformiteit en voorspelbaarheid voorstaat, vaart de zorgplicht in het privaatrecht op flexibiliteit en maatwerk. Vanwege deze onverenigbaarheid is het succes van maximumharmonisatie voor zorgplichten in het consumentenrecht eerder ter discussie gesteld.⁴

Daarmee is de centrale vraag nog niet beantwoord: mag de burgerlijke rechter een strengere zorgplicht opleggen dan de betrokken maximumharmonisatieregels voorschrijven? Het antwoord schuilt in de aard en doelstelling van de Europese regels. Indien die regels van publiekrechtelijke aard zijn en ten doel hebben het reguleren van de voorwaarden waaronder producten en diensten op de markt worden toegelaten en verhandeld, wordt de nationale burgerlijke rechter er niet van weerhouden om bij een vordering tot schadevergoeding een zorgplicht te formuleren die strikter is dan deze regels. De privaatrechtelijke zorgplicht betreft namelijk primair de norm voor schadeloosstelling in het concrete geval, en niet de basisnorm die in het algemeen voor marktpartijen geldt om zaken te doen op de

¹ D. Busch, 'Financieel recht in crisis?', *NJB* 2018/943, p. 1358 (met verdere verwijzingen).

² Cf. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914 (*Rabobank Vaart en Vecht/X*), r.o. 3.6.1 en 3.6.2.

³ Zoals geïmplementeerd in art. 4:20 lid 6 Wft.

⁴ Zo stelt Mak dat volledige harmonisatie niet past bij open geformuleerde zorgplichten, maar veeleer bij normen van technische aard, zoals vormvereisten voor contracten of termijnen voor het invoeren van remedies. V. Mak, 'De grenzen van maximumharmonisatie in het Europese consumentenrecht', *NTBR* 2011/77, afl. 10, p. 563-564.

Europese markt. Zij wordt *ex post* vastgesteld en geëvalueerd in het licht van de gedragingen van de betrokken spelers. De Europese publiekrechtelijke regels pogen in de eerste plaats een gelijkwaardiger informatiepositie tussen bedrijf en consument te waarborgen, belangenconflicten uit te bannen of andersoortig marktfalen te ondervangen. Het einddoel is om zo *ex ante* betere marktcondities te creëren. De privaatrechtelijke zorgplicht valt in dat geval buiten het regime dat volledige harmonisatie beoogt. De aard en doelstelling van de twee regelstelsels verschillen dus en dat verschil rechtvaardigt het bestaan van een verdergaande zorgplicht in het privaatrecht dan de Europese regels voorschrijven.

De vraag naar de verhouding tussen publiekrechtelijke Unieregels gericht op marktregulering en privaatrechtelijke zorgplichten speelt al langer op het terrein van productveiligheid en -kwaliteit. Bouwmaterialen, elektronica, medische hulpmiddelen, speelgoed en voedselproducten zijn voorbeelden van producten die aan technische voorschriften van veiligheid en kwaliteit moeten voldoen om te mogen worden verhandeld op de Europese markt. Deze voorschriften worden niet alleen neergelegd in Europese richtlijnen, maar ook in verordeningen. Evenals richtlijnen gericht op maximumharmonisatie bevatten deze verordeningen uniforme veiligheids- en kwaliteitsregels waaraan niet door de lidstaten getornd mag worden. Deze regels zijn echter niet bepalend voor de vraag of de koper of gebruiker van een product dat non-conform of gebrekkig is, recht heeft op schadevergoeding (of enige andere remedie). Bepalend is de privaatrechtelijke zorgplicht die het nationale kooprecht of onrechtmatige daadrecht neerlegt. Dat deze zorgplichten zelf geharmoniseerd zijn door Europese richtlijnen,⁵ doet daar niets aan af. Recente rechtspraak van het Hof van Justitie onderschrijft dat marktregulering inzake productveiligheid en -kwaliteit de zorgplicht die bedrijven op basis van het nationale privaatrecht hebben jegens kopers en gebruikers kan beïnvloeden, doch niet bepaalt.⁶

De vervlechting van Europese publiekrechtelijke marktregulering uit richtlijnen en verordeningen met het nationale privaatrecht zal naar verwachting als maar sterker worden.⁷ Zij is ook een goede verklaring waarom de hier voorliggende vraag actueel is en blijft. Die vervlechting betekent uiteraard wel dat Europese regels meer betekenis krijgen voor de invulling van privaatrechtelijke zorgplichten. Hoewel meer betekenis meer beïnvloeding impliceert, zullen deze regels niet dispositief zijn voor de omvang van dergelijke zorgplichten op nationaal niveau, zelfs niet als zij voortkomen uit verordeningen of uit richtlijnen gericht op volledige harmonisatie. Er blijven zo parallelle regelstelsels bestaan, waarbij de inhoud van de Europese publiekrechtelijke regels een rol kan spelen bij de vraag of in een privaatrechtelijke verhouding een zorgplicht is geschonden. Europese marktregulering is een bron voor de normering van gedrag in privaatrechtelijke verhoudingen, maar ze stelt de relevante zorgplicht niet per definitie vast. Het is daardoor niet uitgesloten dat de burgerlijke rechter in de beoordeling van een vordering tot schadevergoeding een zorgplicht mag hanteren die strikter is dan dat de Europese regels voorschrijven.

⁵ In dit geval de richtlijn consumentenkoop (1999/44/EG) en de productaansprakelijkheidsrichtlijn (85/374/EEG).

⁶ HvJEU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction Ltd / Irish Asphalt Ltd*) en HvJEU 16 februari 2017, C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128 (*Elizabeth Schmitt / TÜV Rheinland LGA Products GmbH*).

⁷ In de buitenlandse literatuur wordt over deze vervlechting geschreven in termen van 'European regulatory private law'. Zie H.-W. Micklitz, 'The Visible Hand of European Regulatory Private Law: The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation' *Yearbook of European Law* 2009, 3. Zie voor een Nederlands perspectief: R. de Graaff & D. Verheij, 'Europese verordeningen en Nederlands vermogensrecht' AA 2017/988, afl. 12.